

Poder Normativo da Justiça da Infância e Juventude

Guaraci de Campos Vianna

*Juiz de Direito da Vara da Infância e da
Juventude da Capital do Rio de Janeiro.
Professor Universitário e da EMERJ. Presidente
da Abraminj. Mestre em Ciências Penais pela
UCAM.*

“Um ministro contou-me uma anedota a respeito de dois pastores, muito amigos e grandes fumantes. Ambos escreveram ao Superior. Um perguntou: ‘Posso fumar enquanto rezo?’ Foi-lhe negada a permissão. O outro escreveu: ‘Posso rezar enquanto fumo?’ Recebeu a permissão pedida!

Contam que Lukman, o sábio, foi condenado certa vez a matar uma ovelha e tirar dela seus dois melhores componentes. Tirou a língua e o coração. Dias depois, condenaram-no a matar outra ovelha e tirar dela seus piores componentes. Tirou novamente a língua e o coração. Pediram-lhe que se explicasse. Respondeu: ‘Nada é melhor quando forem bons e nada é pior quando forem ruins’.”

I – ATIVIDADES DO JUIZ E DO JUÍZO

Estudiosos do Direito Tutelar consideram o Juiz da Infância e da Juventude um Agente da própria Justiça da Infância e Juventude. Um Agente que conta com (ou deveria contar) uma equipe técnica que o auxilie (art. 152 da Lei 8.069/90). Os auxiliares do Juízo na

Justiça Especializada acabam sendo confundidos com os auxiliares do Juiz. Mas, uma coisa ou outra, não se pode perder de vista a noção básica de que o auxiliar, o assistente, são pessoas essenciais para o desenvolvimento das *atividades meio* do Juizado, ou seja, fornecem uma infra-estrutura técnica e administrativa para que o Juizado possa atingir seus objetivos.

Para tanto, mister se faz saber quais são os objetivos do Juízo e isso só é possível se tivermos plena consciência das atividades desenvolvidas, inerentes ao órgão e exercidas a nível primário pela autoridade judiciária. Socorremo-nos, ainda, das lições de alguns estudiosos da matéria, para caracterizar as atividades referidas como sendo: *atividade judicante, atividade meio, atividade de interdependência e atividade de reflexão*.

A *atividade judicante* visa a realização do Direito, a atuação prática das normas abstratas que integram o direito objetivo. É evidente, portanto, que essa atividade se baseia no complexo normativo que prevê situações conflituais e que norteia o Juiz na escolha das alternativas que a ele se oferecem. A Lei abstrata não é tão importante quanto a Lei aplicada a um caso concreto e é esta que prevalece, sob o manto da coisa julgada. Mas não basta que se explicita esse complexo normativo e que se identifiquem as situações-problema da criança ou do adolescente. É sempre mister que a atividade judicante não esteja apartada do contexto social no qual está inserida, para que o Juiz não transforme sua atuação na tarefa mecânica e automática de tornar concreta a norma abstrata. O Juiz é um agente com funções sociais.

A *atividade meio*, já referida acima, na parte referente às atribuições do Juiz, destina-se basicamente a tornar em um todo harmônico as atividades cartorárias, administrativas e técnicas (psicologia, serviço social, comissariado etc.), desenvolvidas através dos setores que, se não estão, deveriam estar articulados e conscientes da importância de os mesmos entenderem que são como membros de um corpo indissolúvel e que, através da manifestação de um deles, pode ser julgado todo o corpo.

A *atividade de interdependência* compreende dois aspectos fundamentais:

Interdependência interna - que se refere à atuação desenvolvida no sentido de coordenar os diversos serviços que compõem a infra-estrutura do Juizado.

Esse tipo de atividade pressupõe a participação de profissionais de várias especialidades, tendo em vista as áreas a serem atingidas pela coordenação judiciária, administrativa e técnica - e as várias fases do processo de coordenação.

Tal atividade, canalizada para o atendimento do objeto a que se destina a Justiça e dos objetivos por ela visados, redundaria numa racionalização das atividades meio, evitando-se desperdício de esforços e de pessoal, desde que a atuação seria norteadas pelos princípios básicos do planejamento.

Interdependência externa - que diz respeito ao inter-relacionamento entre o Juizado e a comunidade, em termos de atendimento ao problema da criança e do adolescente.

A realidade mostra que os recursos e equipamentos próprios do Juizado, mesmo nas Comarcas dos grandes centros, nem sempre são suficientes para o atendimento da problemática, em toda a sua extensão, o que leva o Juiz a recorrer, com freqüência, aos recursos que a comunidade oferece. Por outro lado, o conhecimento vivencial e cotidiano do Juiz da Infância, acerca dos fenômenos causadores e conseqüentes da problemática, confere-lhe condições para orientar a comunidade, em relação à identificação e equacionamento do problema e dos recursos para a sua solução, sejam eles de caráter terapêutico, preventivo ou promocional. Recomenda-se a identificação dos recursos da comunidade e divulgar a atuação da Justiça, da Infância e Juventude, além de estimular a criação e adequação dos recursos sociais.

As *atividades de reflexão* consistem num dimensionamento crítico que o Juiz faz de sua própria atuação. É um estudo retrospectivo, analítico e sistemático, da própria ação judicante, dos procedimentos técnicos e administrativos e da problemática. Constitui-se numa tarefa a ser empreendida pelo Juiz juntamente com os elementos mais diretamente ligados à sua ação, bem como com os setores conjugados.

Os objetivos precípuos dessa atividade reflexiva são a formulação de generalizações e de princípios operacionais que possam

orientar a ação, o fornecimento de subsídios e diretrizes para o delineamento da ação social e formulação da Política Social, bem como a contribuição das outras profissões que tenham como objeto de sua ação o adolescente, e ao próprio ensino do Direito e preparação dos magistrados, em geral, e Juiz da Infância e Juventude em particular.

Portanto, os objetivos da atividade reflexiva, em síntese, são: a comunicação, a teorização e a aplicação dos resultados obtidos.

Daí ser importante deixar bem patenteado que o exercício cotidiano das atividades meio e de interdependência não podem ser difundidos de modo disperso, sob pena de causar transtornos, contratempos e impasses inconciliáveis ou prejudiciais às atividades judicantes.

Tudo isso deve ser entranhado em cada um de nós, principalmente porque desde o famoso caso "MARBURY x MADISON", que introduziu o controle judicial da constitucionalidade, o Poder Judiciário ficou com a difícil missão de dar a "última palavra". Não é este ou aquele Juiz, mas sim um Poder do Estado encarregado de emitir o pronunciamento definitivo. No curso da presente exposição, pretendemos demonstrar que o Poder Normativo do Juiz da Infância e da juventude se insere nas atividades meio e de interdependência do Juiz.

II – ATIVIDADES ANÔMALAS NA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Como afirmou Protágoras, em seus Fragmentos, *"uma proposição comporta pelo menos duas ordens de raciocínio e cabe ao retórico converter a mais fraca na mais forte"*.

Dessa forma, seguindo o desiderato de que a melhor forma de desenvolver o raciocínio jurídico é estimular o pensamento, procuramos fazer um enfoque do tema abordando também outros aspectos correlatos, sem cair nas abstrações e controvérsias suscitadas por citações amiudadas, fatigando o leitor.

Por isso, será necessário relembrar algumas considerações a respeito do Poder Judiciário. Sim, porque para saber suas atividades é preciso conhecê-lo e o Judiciário é quase inteiramente desconhecido, em sua organização e seus mecanismos, até das pessoas medianamente cultas.

Muitas vezes o Poder Judiciário é confundido com a figura do Juiz (e nem sempre é possível fazer uma nítida separação entre um e outro).

Aqueles que não se defrontam com o magistrado fazem dele, muitas vezes, uma idéia inteiramente falsa. Curiosamente, o juiz criminal impressiona o homem do povo, hipertrofiando a sua imagem para abranger todos os demais juízes. Hoje, o Juiz da Infância e Juventude tem sua imagem, curiosamente, hipertrofiada na sociedade e diminuída, desconsiderada e incompreendida, nos meios jurídicos, com raras exceções.

É evidente que o magistrado não é um super-homem e nem um semideus. É um homem a quem o Estado (possivelmente com participação divina) confiou a missão de julgar. Melhor dizendo, um homem a quem cabe o exercício da função jurisdicional do Estado.

Essa função jurisdicional, que doravante denominaremos de *jurisdição* (do latim *jurisdictio* = declaração ou proclamação do direito), pode ser considerada em dupla acepção: *lato sensu* e *strictu sensu*.

No sentido amplo, é o poder de conhecer dos negócios públicos e resolvê-los dentro dos diversos círculos de relações da vida social. Daí não ser, nessa acepção, errôneo dizer jurisdição eclesiástica, jurisdição administrativa, jurisdição consular.

No sentido restrito, jurisdição é o poder conferido pela Lei às autoridades judiciárias, no exercício de suas respectivas funções, de administrar justiça.

Desse modo considerada, a jurisdição é um atributo da soberania nacional. É a manifestação visível e positiva da atividade do Poder Judiciário.

Terceiro dos poderes (*rectius*, função) do Estado na Lição clássica, o Judiciário está incumbido de fazer justiça. Há quem afirme que, mesmo quando anda fora das calçadas do legislador (*v.g.*, aplicando norma como se legislador fosse, em casos especialíssimos), o juiz o faz autorizado por Lei. Há uma reserva legal, que não se dissocia da missão judicante.

Entretanto, há quem afirme que “dizer que o juiz existe para aplicar a Lei, e não para fazer justiça, é uma heresia”. Tanto que

existe o juízo de equidade, admitido no Código de Processo Civil. (art. 127).

De nossa parte, pensamos que o Judiciário não exerce a jurisdição como um mero aplicador de textos legais. É inato à sua função um certo elastério, porque *"na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e à exigência do bem comum"* (art. 5º da LICC).

Todavia, no Estado moderno, fazer justiça se confunde com aplicar a Lei, daí a conceituação tradicional segundo a qual o Judiciário *"tem por missão aplicar contenciosamente a Lei a casos particulares"*.

Esse conceito (que é de Pedro Lessa), já sugere quanto problemática é a colocação do Judiciário como executante de uma função, por sua natureza distinta, do Estado. De fato, em sua substância, essa função é executar ou aplicar a Lei a casos particulares, o que é objeto também da função executiva.

Críticas foram feitas a essa conceituação principalmente por Paulo Lacerda e Pontes de Miranda, sob o fundamento de que o Judiciário não se limita, no âmbito de suas funções, à aplicação contenciosa da Lei. Além disso, a função jurisdicional pode ser atribuída a outros Poderes (*rectius*, funções). O mesmo se dá com a função legislativa, que não é toda entregue ao Legislativo, e com a executiva, que não fica inteira nas mãos do Judiciário.

O Judiciário pode ter atuações não jurisdicionais, típicas de outras funções (elaboração de regimento interno, prover cargos da administração da Justiça), mas em caráter transitório e excepcional.

Contudo atividades existem, não jurisdicionais, que foram entregues ao Judiciário de modo permanente, ainda que revestida da característica de excepcional. São as atividades anômalas (anormal, irregular) do Poder Judiciário.

Para ter-se uma noção das atividades anômalas, é preciso primeiro saber quais são as atividades típicas do Judiciário.

O Direito está presente em toda a vida social. A todo instante e em quase todas as ações, os homens comportam-se de acordo com regras éticas e jurídicas, cuja atividade difusa regula todas as condutas. As normas de Direito estão por toda parte e sua influência

modeladora de atos humanos é exercida por vezes imperceptivelmente.

Todavia, existem situações em que o conflito se materializa, sendo necessário recorrer a Instituições e pessoas capazes de acomodá-lo dando-lhe solução. É o momento de aplicar, então, normas jurídicas específicas. Mobiliza-se, para tanto, mediadores diversos: Juízes, Tribunais, árbitros, conciliadores, agentes públicos e privados etc.

A função de julgar (dirimir conflitos) é tão antiga quanto a própria sociedade. Com certeza, mais antiga do que a função legislativa, pois antes de ser limitada a atuação do julgador, este já exercia a função com fulcro nas regras perenes do direito natural ou no mero bom senso (o exemplo salomônico da disputa de uma criança por duas pessoas que se diziam sua mãe já é tradicional).

De início, a função de julgar, como a de editar o Direito, e a de o aplicar, se concentrava na pessoa do Rei ou chefe do clã.

Posteriormente passou-se a um delegado ou preposto deste. Surgiu então a figura do Juiz. Se bem que dependente do soberano. Esta é uma regra geral. Em alguns povos havia assembléias para julgamento de questões de maior gravidade.

A função se encontrava, com frequência associada à religião, recrutando-se juízes das classes sacerdotais. Assim era entre os persas, egípcios, assírios, persas e judeus.

A diferenciação do Poder Judiciário correspondeu a um estágio mais elevado dos grupos sociais.

Da função de reintegrar as relações de Direito pela aplicação da Lei aos casos singulares, e sobre a provocação da parte interessada, vem a noção política da jurisdição como sendo a faculdade que tem o Poder Judiciário de pronunciar concretamente a aplicação do direito objetivo.

No Direito Romano a jurisdição era composta por dois elementos: *notio* (conhecimento dos fatos sujeitos à deliberação do juiz) e o *judicium* (o respectivo julgamento, pelo qual se declarava o direito aplicável conforme a Lei ou se impunha uma pena legal). A faculdade de dar execução ou de fazer efetivos os julgados não se incluía na jurisdição.

Os atos executórios, denominados *atos de império*, eram conferidos, por privilégio especial e pessoal, a certas pessoas, em geral magistrados, *imperium merum*, ou estavam sempre ligados a certos cargos, *imperium mixtum*. O primeiro referia-se à repressão do crime e o segundo aos demais casos.

No Direito Pátrio, como na maioria dos Direitos Modernos, o conceito de jurisdição se fez compreender, além da *notio* e do *judicium* no *imperium*, pois, sem este último, a jurisdição ficaria sem efeito e sujeita ao desprezo popular.

A jurisdição tem o seu fundamento no princípio de que, numa sociedade regularmente organizada, ninguém pode fazer justiça com suas próprias mãos.

Por essa razão é que a moderna doutrina processual caracteriza a função jurisdicional como uma “atividade de substituição”, a qual é exercida pelo Judiciário com independência, imparcialidade e mediante provocação, em um processo contraditório.

Praticamente, não há matéria, por sua natureza, vedada ao Judiciário. Sempre que houver lesão a direitos particulares cabe recurso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF).

E as questões políticas (entendidas como aquelas que a Constituição confere à apreciação discricionária do Executivo ou Legislativo)? A apreciação da conveniência ou utilidade está fora do campo do Judiciário, desde que não haja lesão de direito subjetivo.

Destarte, quando surge um conflito de interesses ou pretensão resistida, uma das reações que se podem operar é a de se resolver o litígio com o processo, através de ato de autoridade. Produzido o litígio, é necessário que ele se resolva por obra dos próprios litigantes ou mediante decisão imperativa de um terceiro.

A última solução do antagonismo é a imparcial e constitui o processo. Todavia, os titulares dos interesses em antagonismo podem eles próprios resolver a situação litigiosa, quer pela imposição dos interesses de um deles (solução egoísta ou autodefesa), com sacrifício do interesse do outro, quer pelo consentimento espontâneo de um dos contendores (ou dos dois) em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte (resolução altruísta ou autocomposição). Exemplos de autodefesa: procedimento penal inquisitivo. De autocomposição: juízo arbitral.

Normalmente tais situações não são muito utilizadas no sistema processual moderno. Pode-se dizer, principalmente nas justiças especializadas, como as da Infância e da Juventude - onde os procedimentos de jurisdição voluntária sobrelevam os demais -, que tais formas de composição de litígio escasseiam como a água no deserto.

III - ATIVIDADES JUDICIAIS DO JUDICIÁRIO

Através de sua evolução política e formação histórica, tem tido o Judiciário atribuições variadas e múltiplas. Detém não só o poder de julgar, como também o de administrar e o de estabelecer fontes normativas do Direito (*secundum legem* ou *praeter legem*). O que se vê é a colaboração constante do Judiciário para construção de regras imperativas ou para fixação das normas consuetudinárias ou para edificação do direito jurisprudencial, entrando o Juiz nos domínios que só ao legislador estavam reservados.

Na esfera administrativa, maior é ainda o contingente que se descobre nas variadas atribuições do Judiciário: a jurisdição voluntária, a atividade censória dos órgãos disciplinares da Magistratura, a organização do serviço interno dos Tribunais e o poder de polícia dos magistrados nas audiências e sessões. Essas funções quase sempre estiveram afetas à Magistratura.

Vê-se, pois, que o Judiciário não está confinado à aplicação da norma aos casos contenciosos. A Teoria da Tripartição dos *Poderes* (*rectius*, funções) de Montesquieu não é rígida e matemática. O Poder Legislativo edita o Direito. Pelo Poder Executivo, aplica o Estado esse Direito, realizando sua função administrativa, e pelo Judiciário, também aplica o Direito, mas o faz primacialmente na solução e composição de conflitos de interesses, capazes de conturbar a ordem jurídica. Todavia, repita-se, há interferências funcionais entre esses poderes.

A realidade tem demonstrado ser impossível a completa aplicação da rígida e mecânica tripartição de poderes.

Se o Poder Judiciário é o órgão da soberania nacional que tem por função básica e específica a aplicação contenciosa do Direito (atividades jurisdicionais), outras funções lhe atribuem a Constituição e a Lei ordinária.

Por isso Leon Duguit afirmou que os órgãos da magistratura podem praticar atos judiciais e atos jurisdicionais.

Entre nós, Frederico Marques preferiu utilizar a expressão "ato judicial" em sentido *lato*, abrangendo a tudo o que for atribuído ao Judiciário, e, em sentido estrito, só o ato jurisdicional. Na verdade este só incorpora os atos materialmente jurisdicionais e aquele (sentido *lato*) compreende, sob o critério orgânico e formal, as atribuições da magistratura de natureza diversa da jurisdicional.

O caráter judicial de um ato estatal é eminentemente orgânico e subjetivo. Quando o órgão judicial não exerce a função jurisdicional, nem por isso desaparecem os traços que o distinguem nas instituições estatais. A atuação do Juiz não sofre injunções de outros Poderes do Estado, quer este atue num campo ou noutro.

As funções não jurisdicionais da magistratura refulgem de suas atribuições específicas. É uma interferência funcional, pois o Judiciário normalmente não teria atribuição para praticá-lo.

Na interferência funcional há que distinguir: as atividades secundárias; os atos de governo interno do órgão estatal e as atividades anômalas.

A função secundária, antes de traduzir uma anomalia, é considerada um desvio normal. Trata-se de atividade estável e permanente, conferida, a um órgão que tem competência primária e específica em relação a outra classe de atividade. Função secundária do Judiciário é a chamada jurisdição voluntária, atividade administrativa conferida por longa tradição, aos órgãos judiciais.

Ato de governo interno é a chamada *autonomia*. Manifestação da capacidade do órgão para o governo, direção e controle de seus serviços, realizada através de atividade material e formalmente administrativa. É o poder governativo da Justiça, para prover ao bom e eficaz funcionamento do serviço e atividade pública da Justiça (concurso para escrevente, férias de funcionário, licença de magistrado).

Em se tratando de atividades anômalas, o Juiz não é titular desses interesses administrativos, e, sim, de uma atividade ou serviço público que não pertence ao organismo do Judiciário.

Para exemplificar, citamos o caso em que o juiz remete ao Procurador-Geral da Justiça o inquérito em que não quis o Ministério

Público oferecer denúncia (art. 28 do CPP). É o juiz fiscal da obrigatoriedade da ação penal. Idem artigo 419 do CPP.

Na Justiça da Infância e da Juventude existem muitas atividades anômalas, assim entendidas como atividades que, por sua natureza, nunca pertenceram às atividades normais do Poder Judiciário e ficariam melhor colocadas como sendo específicas (e típicas) de outro Poder, mas o legislador, talvez desejando revesti-las com o manto da imparcialidade, as nominou como sendo da competência (melhor seria atribuição) do Poder desarmado. Assim a autorização para viagem (arts. 83/85 da Lei. 8.069/90), que na verdade representa um controle do exercício do Poder Familiar do Estado. Na verdade, o juiz só deveria intervir no Poder Familiar quando houvesse divergência entre os pais (art. 21 da Lei 8.069/90). Na verdade, fora dessa hipótese, esse controle deveria ser feito pelas empresas transportadoras e não pelo Juizado.

Outra hipótese de anomalia funcional é a fiscalização das entidades não-governamentais (art. 95 da Lei 8.069/90). Na verdade, o Judiciário que fiscaliza é o mesmo que impõe as penalidades (art. 194) após o *devido processo legal*. Do mesmo jaez o disposto no artigo 181 da Lei 8.069/90, segundo o qual o juiz passa a ser fiscal da obrigatoriedade da ação socioeducativa, a exemplo do que ocorre na ação penal pública (art. 28 do CPP).

Veja-se o disposto no artigo 262 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que o próprio texto legal fala que não é função jurisdicional (vejamos o art. 131 da mesma Lei). Finalmente temos a disciplina da entrada e permanência de crianças e adolescentes em estádio, ginásios etc. - art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente -, que ficaria melhor alocada nas atribuições do Poder Executivo.

Por outro enfoque, vamos analisar uma situação bastante comum nos grandes centros: havendo necessidade de se atuar na prevenção, quanto ao, por exemplo, consumo de bebidas alcoólicas, ou quanto à regulamentação do Direito de visitas nos abrigos, ou quanto à autorização de saída das crianças institucionalizadas nos finais de semana, ou nos festejos natalinos, o Juiz deve emitir uma autorização para cada jovem, para cada Estabelecimento que ven-

de bebidas alcoólicas? Ou para cada criança abrigada ou internada? Ou seria para cada Abrigo ou Internato?

Tais providências, essenciais às atividades da Vara da Infância, estão implícitas na Lei, mas não constam no art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por isso são proibidas? Claro que não, são Atividades Judiciais da Justiça da Infância e da Juventude.

Como funções não jurisdicionais, mas necessárias (ou imprescindíveis) ao normal funcionamento do juízo, podemos citar a de formar um corpo técnico composto por assistentes sociais, psicólogos e até mesmo comissários (equipe interprofissional), a fim de diagnosticar os casos nas áreas específicas e permitir a escolha da medida mais acertada. Em quase todos os procedimentos - família substituta, ato infracional, destituição do Poder Familiar - há o dever legal de se colher, antes da decisão, um parecer técnico. Pois bem, essa equipe interprofissional, esse corpo de agentes é, pela Lei, formado pelo Judiciário nos exatos termos do art. 150 da Lei 8.069/90.

Por outro lado, como já tivemos oportunidade de observar, existem na Lei 8.069/90 algumas questões que são examinadas pelo Judiciário, mas que na verdade seriam funções de outros órgãos ou pessoas e, justamente por isso, são tidas por anômalas. Podemos citar o controle judicial do arquivamento e da remissão concedida pelo Ministério Público, no procedimento para apuração de ato infracional atribuído à adolescente (art. 181 da Lei 8.069/90); a disciplina da entrada e permanência de crianças e adolescentes em estádio, ginásio ou campo desportivo, bailes e promoções dançantes, boates e congêneres, etc. (art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e a autorização para viajar (art. 83 do mesmo diploma legal). São funções que não dizem respeito às atividades jurisdicional ou não jurisdicional do Poder Judiciário, mas que o legislador preferiu deixar nas mãos do juiz. Não são atividades típicas do Judiciário e podem ser, então, denominadas anômalas.

A Normatização de tais atividades através das Portarias é essencial. Apesar de formalmente se enquadrarem melhor nas atividades executivas, sem dúvida, as Portarias constituem, na verdade, o único, senão o melhor, instrumento para exercer com eficácia tais atribuições. A lei não pode dar o encargo sem permitir que seja

construído um caminho, uma forma para se dar conta desse encargo. Sem tais instrumentos, o juiz figuraria como um estandarte de figuração, uma cobra sem veneno, apenas para se mostrar visível, mas ineficaz e insensível para o fim a que se destina.

IV - TIPOS DE PROCESSOS E DE PROCEDIMENTOS QUE TRAMITAM NA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

Já ficou assentado que pode haver processos com ou sem contraditório, ou seja, de jurisdição contenciosa ou voluntária (com algumas particularidades), na Justiça da Infância e da Juventude.

Também não há dificuldades para descobrir quais as ações cotidianas na justiça tutelar. O exame atento do art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente nos dá os tipos de ações (e, conseqüentemente, de processos) que tramitam perante o juízo de "menores".

Entretanto, além das representações para apuração de ato infracional atribuído à adolescente; das ações civis públicas fundadas em interesses afetos à criança e ao adolescente; das adoções; das ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, ou para aplicar penalidades administrativas aos pais, dirigentes de entidades e outras pessoas - ver arts. 245 a 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente -; dos casos encaminhados pelo Conselho Tutelar (art. 148, *caput*); ou das ações de guarda, tutela; destituição, perda ou modificação do pátrio poder, guarda ou tutela; de suprimimento de capacidade ou consentimento para casar; emancipação, designação de curador especial; ação de alimentos e as atinentes ao registro civil, quando a criança, ou o adolescente, se enquadrar numa das hipóteses previstas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, existem outros processos, outras ações que podem ser apreciadas na justiça tutelar?

A resposta é afirmativa.

Há uma quantidade imensa de casos que, embora não mencionados no art. 148, são inquestionavelmente da competência da justiça tutelar. Os exemplos são múltiplos: qual o juízo competente para, *v.g.*, exigir que os hospitais proporcionem condições para a permanência, em tempo integral, de um dos pais ou responsável, no caso de internação de criança ou adolescente (art. 12 do Estatuto da Cri-

ança e do Adolescente)? E para os pais terem ciência do processo pedagógico de ensino nas escolas (art. 53, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente)? Como garantir judicialmente a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública (art. 4º, parágrafo único)?

O mesmo pode ser dito com relação às Portarias e/ou alvarás. O rol do art. 149 do ECA não é exaustivo ou taxativo. O STJ, através da 4ª Turma - MS nº. 1343-910020494, estabeleceu conclusão, a princípio óbvia, mas que não é compreendida por alguns, segundo a qual: *“É atribuição da Autoridade Judiciária disciplinar mediante Portarias e Alvarás, tudo o que vise a proteger a criança e o adolescente”*.

Parece claro que a competência é da Justiça da Infância e da Juventude. Apesar de não haver previsão expressa no art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente, as matérias postas em foco são decorrentes do sistema tutelar e *veniam petimus* para dizer que o rol dos assuntos mencionados no citado artigo 148 não é exaustivo.

Veja-se que não há como subtrair do adolescente o direito de postular a revisão ou substituição da medida socioeducativa imposta pela prática de um ato infracional (conforme artigos 99/100, 113, 111, 124, II, 141 e 207 do Estatuto da Criança e do Adolescente), e esse assunto não está regulado no art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nos comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, coordenado por Liborni Siqueira - Forense - 1991 -, p. 245, o ilustrado jurisconsulto Nagib Slaibi Filho, ao discorrer sobre o art. 212 da Lei 8.069/90, com a maestria que lhe é peculiar, asseverou:

“Até mesmo garantias não cíveis poderão ser utilizadas, como o habeas corpus (pois é a típica “ação popular”, cabendo a qualquer do povo, que se legitima, inclusive extraordinariamente, na defesa do direito de locomoção de outrem) ou a ação penal privada subsidiária (CF, art. 5º, LIX).”

A seguir, um pequeno rol, não exaustivo, das ações de defesa dos interesses da criança e do adolescente, reiterando que não importa a “ação”, mas o conteúdo do direito ou da *res in judicio deducta*:

- a) habeas corpus (CF, art. 5º, LXVIII, CPP, art. 647 e segs.);*
- b) habeas data (CF, art. 5º, LXXII, em que só há legitimação ordinária, devendo, assim, a criança vir representada e o adolescente assistido pelos seus tutores natos; se eles não existirem ou o interesse for incompatível, o juiz lhes nomeará curador, nos termos do art. 387 do Código Civil e art. 9º, I, do CPC);*
- c) mandado de segurança individual (CF, art. 5º, LXIX, Lei nº 1.533/1951, só para a defesa do interesse individual da criança ou do adolescente);*
- d) mandado de segurança coletivo (CF, artº 5º, LXX, a despeito do nome, serve também para a defesa de interesses difusos, além dos coletivos; para o qual há legitimação extraordinária da associação legalmente constituída e em funcionamento, há pelo menos um ano, na defesa dos interesses institucionais);*
- e) mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI, tanto para a defesa dos interesses individuais, como coletivos ou difusos, desde que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade e à cidadania da criança e do adolescente. Observe-se que o art. 16, VI, do Estatuto, erigiu o direito da criança e do adolescente a participar da vida política, na forma da lei; se não houver regulamentação, caberá o mandado de injunção para o exercício de tal direito de cidadania);*
- f) ação popular (CF, art. 5º, LXXIII, Lei nº 4.717/1965, para a qual está legitimado o adolescente que seja cidadão, isto é, inscrito como eleitor, bem como outro qualquer cidadão, inclusive na defesa do patrimônio público ou da moralidade administrativa, cujo ato impugnado seja lesivo aos direitos da criança e do adolescente);*
- g) ação civil pública (Leis nºs 7.347/1985 e 7.853/1989, Estatuto, art. 224);*
- i) ações especiais, tanto aquelas previstas no Código de Processo Civil (como a ação de consignação em pagamento) como na legislação extravagante, como, por exemplo, a ação mandamental do art. 212, § 2º."*

Por outro lado, a despeito da ausência de previsão legal, sustentamos ser possível, viável e até mesmo recomendável a instauração, até mesmo de ofício, de procedimentos verificatórios ou de investigação judicial preliminar para apuração de ocorrência (ou não) de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente (art. 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente). O art. 73 da Lei 8.069/90 fala da responsabilização pela inobservância das normas preventivas (v.g., arts. 74 a 85), mas é necessário apurar para fornecer ao Ministério Público, por exemplo, elementos para o início da ação cabível.

Como as instâncias são diferentes e não há inibição de se apurar, no nível administrativo, o que está sendo apurado penal e civilmente, entendemos que mesmo com a instauração da ação penal, deve-se apurar na justiça tutelar a infringência de norma estatutária, até mesmo para se aplicar a multa prevista no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Havendo mera suspeita de maus tratos (art. 13 da Lei 8.069/90) ante a inércia do Conselho Tutelar, ou mesmo na sua atuação, não se deve apurar as circunstâncias antes de se colocar o caso na esfera criminal?

Se uma mãe abandona um filho, não se deve apurar a causa ou se a mesma possui outros filhos?

Se um pai impede o filho de estudar, não é necessária uma verificação do caso?

A praxe judiciária institucionalizou o chamado “pedido de providências” que, na verdade, não retrata uma ação e no qual nem há um procedimento, no sentido de rito, mas uma investigação judicial preliminar, a análise de uma ocorrência que até pode chegar à aplicação de uma das medidas específicas de proteção (art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Deve-se observar, entretanto, o disposto no art. 153, com as ressalvas já feitas quanto ao contraditório e à ampla defesa.

Aliás, isso não é nada inovador: o artigo 160 do Decreto nº 17.943-A, de 17.10.1927 (antigo Código Mello Mattos) diz que “*Antes de ser iniciada a ação própria, o juiz pode proceder administrativamente às investigações que julgar convenientes, ouvindo o curador*

de menores quando entender oportuno “. Há quem sustente que o art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente é represtinatório do dispositivo acima enfocado.

Quanto aos procedimentos, a Lei 8.069/90 regulou apenas o de perda e suspensão do Pátrio Poder (art. 155), o de destituição da tutela (art. 164), o de colocação em família substituta - guarda, tutela e adoção (art. 165)-, o de apuração de ato infracional atribuído a adolescente (art. 171), o de apuração de irregularidades em entidade de atendimento (art. 191), o de apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente (art. 194) e para a proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos (arts. 215 e seguintes).

Para os demais tipos de ações temos ou a aplicação subsidiária de outras Leis procedimentais (arts. 224, 198 e 152) ou se observa o já mencionado artigo 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É importante ressaltar que, a princípio foi introduzida uma jurisdição especial sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, em que não importa o modo procedimental, o rito ou o batismo da ação pela qual a questão é levada ao Judiciário. Sobreleva a qualquer interesse o conteúdo do direito em discussão. O procedimento é apenas um meio de instrumentalizar a jurisdição.

Nossa intenção ao trazer à lume algumas idéias foi a de acabar com o estigma, ainda presente em alguns, de que na Justiça da Infância e da Juventude os princípios e garantias processuais são deserdados ou renegados a último plano. Ou que as matérias ali discutidas se restringem aos “menores em situação irregular”.

Também tivemos a ousadia de, agora no nível de Teoria Geral do Processo, posicionarmos contrariamente, na esteira de inúmeros processualistas, à idéia de que a jurisdição voluntária é função anômala do Judiciário. Na verdade a jurisdição graciosa é função típica do Judiciário e a Justiça da Infância e da Juventude é recheada de casos que tem o mesmo perfil.

A parte inicial, essencialmente teórica, teve por escopo provar que a jurisdição é una e a justiça tutelar obedece aos mesmos caracteres das outras. O juiz exerce a jurisdição dentro do processo e somente diante dele.

Os temas colocados em debate, de maneira superficial, merecem um estudo mais acurado e uma reflexão profunda, carecendo ainda de um estudo sistemático e abrangente.

Talvez haja uma boa alma que substitua algumas idéias antigas por outras melhores. Pensar de uma maneira diferente da que estamos habituados, eis a parte mais difícil, mas em se tratando de justiça tutelar, necessário se faz desconfiar e até contrariar as idéias que estão em voga, pois a maioria é falsa, posto que construídas sobre pilares que não existem mais no mundo jurídico. As idéias antigas não podem subsistir, pois, a lei antiga (Lei 6.697/79) já foi revogada. Boa ou ruim, a Lei 8.069/90 está em vigor e não pode ser desprezada. Interpretar a lei nova com princípios antigos (da lei revogada) não encampados é, *data venia*, um erro crasso.

Bem provavelmente é difícil mudar as idéias preconcebidas. Mas não se pode ter uma noção de uma coisa sem examiná-la antes. É preciso dar à lei tutelar estatutária uma chance para que ela se mostre viável ou não. Negar sua aplicação porque se tem uma opinião formada chega às raias do absurdo.

A intenção de todos é única: defender o interesse da criança e do adolescente e o da sociedade. Encontrar o ponto de equilíbrio é tarefa árdua. A lei criou um caminho para resolver o problema. Pode não ser o melhor ou o único, mas é um caminho que se não levar à Ariadne, certamente não entregará a matéria ao Minotauro.

V – PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE – MARCOS LEGAIS

Não se tergiversa na doutrina nem na jurisprudência a respeito do Poder Geral de Cautela do Juiz, que inclusive tornou usual e popular a denominação das ações cautelares inominadas.

O fundamento do poder normativo da Justiça da Infância e Juventude tem a mesma origem das medidas acautelatórias, que é exatamente, em última essência, evitar dano à parte. Só que com pórticos mais ampliados, uma vez que o Direito da Criança e do Adolescente é um Direito de quarta geração ou na expressão de Antonio Carlos Wolkmer, “um *Novo Direito*”.

Seguindo o que prescreveu o texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente ratificou a condição das crianças e dos

adolescentes enquanto sujeitos de direitos, de modo que a doutrina anterior, que os tratava como objetos passivos das relações jurídicas, foi completamente superada, baseando a nova ordem nos Direitos Fundamentais que lhes foram assegurados pela Constituição.

A “prioridade absoluta” dada à criança e ao adolescente também prevista na Carta Magna foi regulamentada no Estatuto, que no seu artigo 4º, parágrafo único, objetiva tal prioridade através de garantias expressas.

O ECA, por outro lado, além de positivar ordinariamente direitos materiais da infância e juventude, estabeleceu novas formas de buscar-se a eficácia dos mesmos, não só por meio da previsão de procedimentos processuais para a defesa desses direitos, como também através das novas formas de articulação que o mesmo propõe entre o Estado e a sociedade civil, num sistema amplo de viabilização, atendimento e garantia de direitos.

Esse sistema sustenta-se em três eixos fundamentais:

1 – de proteção integral da criança e do adolescente.

2 – de vigilância, que se relaciona ao cumprimento do que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, bem como pelo que prescreve a Constituição Federal sobre os direitos da criança e do adolescente.

3 – de responsabilização pelo não atendimento, atendimento irregular ou violação de direitos individuais ou coletivos, sendo os agentes principais desta diretriz os Conselhos Tutelares e o Poder Judiciário.

Numa leitura lógica desses três eixos percebe-se a ampla necessidade de interação e complementação dos mesmos para que possa haver uma aplicação efetiva de todos os direitos previstos em lei.

A eficácia social da lei dependerá, pois, da capacidade dos agentes envolvidos com a defesa da criança e adolescente se mobilizarem e buscarem os mecanismos de viabilização das políticas previstas no Diploma legal.

Agentes e instrumentos articulados e harmonizados para a proteção, vigilância e responsabilização, a fim de realizar-se a eficácia plena das garantias asseguradas à infância e adolescência, serão os

elementos fundamentais para fazer valer a letra da lei. E, por vezes, somente através do Poder Regulamentador do Juiz, utilizável por meio de Portarias Normativas, é possível proteger, vigiar e responsabilizar, na hipótese de violação dos Direitos. Às vezes, não, na maioria das vezes.

Fixou-se, assim, uma Justiça de caráter preventivo, nos termos do artigo 4º, *caput*, do ECA, que prevê como dever do Poder Público assegurar-se o direito da criança e do jovem à convivência e desenvolvimento no meio familiar.

O artigo 87 do mesmo diploma regulamentou as diretrizes de uma política de atendimento que fosse capaz de atender não apenas a criança e adolescente individualmente, mas também a família e a comunidade como um todo, abrangendo aí, fundamentalmente, o atendimento e proteção de interesses de crianças e adolescentes no meio escolar e institucional.

O bom desempenho das entidades e a correta aplicação da política de atendimento são elementos fundamentais para a difícil tarefa de proteção e defesa dos direitos básicos de crianças e adolescentes.

Assim, a fiscalização das entidades que prestam tal atendimento é fator de grande importância, a ser realizada por três órgãos, individual ou coletivamente, conforme prevê o artigo 95 do ECA: *"As entidades governamentais e não-governamentais, referidas no artigo 90, serão fiscalizadas pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares"*.

Existem, portanto, três níveis de controle e fiscalização a serem concretizados:

1 – pela sociedade civil, através, principalmente, dos Conselhos Tutelares;

2 – pelo MP, titular dos interesses individuais indisponíveis e dos interesses difusos e coletivos;

3 – pelo Juiz da infância e adolescência, que é o titular da tutela judiciária sobre as medidas aplicáveis à criança e ao adolescente.

O Ministério Público, representado pelo Promotor de Justiça, deverá exercer sua função com zelo e, como *ombudsman*, deverá realizar atendimento direto ao público, *"especialmente quando se*

trate do acesso da própria criança ou do próprio adolescente ao MP.” (ECA, art. 141).

Assim, através de ações jurisdicionais propostas pelo membro do Ministério Público, como no caso de uma Ação Civil Pública contra entidades de atendimento por sua prestação irregular (art. 97, parágrafo único, art. 148, V, e art. 191, todos do ECA) ou de um Mandado de Segurança contra ato administrativo, como portarias etc., o MP passou a ser agente fundamental para a defesa dos interesses em juízo da infância e juventude.

A Justiça da Infância e Juventude é composta não apenas pelo magistrado que atua na área da infância e adolescência, mas também de auxiliares da Justiça que o assessoram nas causas que envolvem direitos de crianças e adolescentes.

Alterada a óptica de visão em relação à criança e ao adolescente face à legislação anterior, o Código de Menores, em que os mesmos deixaram de ser vistos sob o prisma da patologia social e passaram a ser encarados como sujeitos de direitos especiais e específicos, toda a ótica do Juiz da Vara da Infância e da Juventude deverá ser alterada, tendo o mesmo o dever de assimilar os princípios atualmente vigentes no Estatuto, ao mesmo tempo em que se adapta à nova justiça tutelar que emergiu com o ECA.

Com efeito, as medidas tutelares específicas do Estatuto (arts. 98 e ss.) passaram a constituir o objeto básico da competência jurisdicional, e o Magistrado, ao atuar, deverá abandonar as práticas anteriores e, extrapolando a mera atividade de apreciação probatória ou de presidência de audiências de instrução ou de julgamento, deverá passar a ter contato efetivo com crianças e adolescentes, sendo também um dos entes responsáveis pela defesa de direitos violados.

Portanto, deve-se ratificar que o Juiz da Infância e Juventude deve atuar de acordo com os novos princípios tutelares do Estatuto e assumir uma postura voltada à sociedade, recebendo, tratando e protegendo aquelas crianças e adolescentes que têm seus direitos fundamentais violados.

Quanto aos auxiliares da Justiça, é fundamental ressaltar que é indispensável a atuação efetiva de uma equipe interprofissional (ECA, art. 150) que esteja integrada efetivamente não apenas com o

Juiz da Infância e Juventude, mas também com as entidades de atendimento de crianças e adolescentes, bem como com famílias, escola e demais instituições vinculadas ao problema.

Profissionais das áreas da psicologia, psiquiatria, assistência social e pedagogia são fundamentais para a formação da equipe, de acordo com as Regras Mínimas da ONU, embora nem sempre todos os quatro estejam presentes, como é o caso do Estado do RJ e de SP, que prevêem na sua Organização dos Serviços Auxiliares apenas psicólogos, assistentes sociais e comissários.

Os Direitos da Criança e Adolescente previstos no Estatuto correspondem a uma obrigação daqueles sujeitos elencados no artigo 227, da Constituição Federal: Família, sociedade e Estado, sendo permitido a este último admitir a participação de entidades não-governamentais, ratificado pelo artigo 4º do ECA.

Pelo descumprimento de uma obrigação em relação à infância e adolescência, tais sujeitos (individual ou solidariamente, conforme o caso), que ficaram legalmente obrigados, serão responsabilidades por seus atos.

Tal responsabilidade será decorrente de atos comissivos ou omissivos, *"por falta ou insuficiência da oferta de prestações"*, de todos aqueles legitimados passivos, inclusive coobrigados solidariamente, a teor do artigo 70, do ECA.

Assim, responsabilizam-se conforme suas obrigações: pais, tutores, entidades de atendimento governamentais ou não-governamentais e o próprio Estado.

Para tais responsabilidades faz-se mister, no mais das vezes, a utilização da via jurisdicional para cumprirem-se os termos da lei, lançando-se mão, então, dos mecanismos processuais, anômalos, atípicos e inominados, até porque não seria possível enumerar todos os casos do cotidiano e batizar todas as ações. Cada caso, cada comunidade tem suas particularidades.

Assim para responsabilizar-se os sujeitos pelo descumprimento de obrigação relacionada à infância ou adolescência, ou pelo seu cumprimento irregular, como, por exemplo, ausência de creches para crianças de zero a seis anos ou publicação de produtos e serviços perigosos direcionados à criança ou adolescente, é necessária,

na maioria das vezes, a utilização da via jurisdicional abstrata, pois é impossível o Juiz aguardar a violação do Direito e a iniciativa da parte para atuar e responsabilizar.

É nesse contexto que se insere o Poder Normativo do Juiz da Infância e Juventude. É impossível dar conta das atribuições previstas na Lei sem a utilização sistemática de Portarias, ainda que de caráter genérico.

O Juiz da Infância não pode ser um expectador (passivo) das violações de Direitos da Criança e do Adolescente. Não pode esperar acontecer e depois (se houver iniciativa) punir e responsabilizar. Sua existência é, antes de tudo e por tudo, para colocar o interesse da criança acima de qualquer outro.

Vejamos o que diz o art. 70 da Lei 8.069/90. *“Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.”*

Como prevenir depois da lesão ao direito?

Há dispositivos legais (no ECA inclusive) que, para serem cumpridos, precisam de regulamentação. São as chamadas Normas de eficácia contida, ou não bastantes em si. Há, ainda outros, que, embora tenham eficácia plena, seriam melhor observados se fossem esclarecidos.

Vejamos alguns exemplos:

O artigo 83 da Lei 8.069/90, afirma que a criança (menor de 12 anos) pode viajar para fora da Comarca, desacompanhada dos pais, só com autorização judicial. Diz, ainda, que uma autorização judicial pode ser dada por até dois anos (§ 2º). Um jovem de 10 anos que pede autorização (através dos pais) para viajar do município do Rio de Janeiro para o município de Niterói, para estudar, obtendo a autorização para viajar desacompanhado resolve ir, sozinho, para o Município de Cabo Frio para se prostituir ou passear.

É legal? Sim.

É possível? Pela Lei, sim. Mas, observe:

Se não houver parente algum dessa criança em Cabo Frio, ela ficaria onde? Hospedada em um hotel? (precisaria de autorização judicial, *ex vi* do art. 82 ECA). Não seria de bom alvitre o juiz regular, *preventivamente*, essas questões, por Portaria, para orientar e

esclarecer as empresas de ônibus, a Rodoviária, por exemplo? Isso está previsto em Lei? Não, mas não é recomendável?

Outra questão é com relação aos programas e projetos realizados e executados por ou através da equipe técnica dos Juízos. Como torná-los efetivos sem uma Portaria?

O artigo 50 da Lei 8.069/90 determina que o Juiz mantenha na sua comarca um registro de crianças e adolescentes a serem adotadas e outro de pessoas interessadas em adoção. Independentemente de se dispor de um cadastro unificado, através da CEJAS, parece-nos indispensável a existência de um cadastro local. Como regular esse cadastro, esse serviço sem um ato normativo, sem uma Portaria?

A integração operacional do Judiciário, MP, Defensoria Pública, Polícia e Assistência Social, a que se alude no art. 88, V, da Lei 8.069/90, quer no âmbito pluri-institucional, quer no âmbito do Poder Judiciário e sua equipe técnica, não pode ser feita por Portaria (repita-se individual ou conjunta)?

O artigo 191 da Lei 8.069/90 estabelece que "o procedimento de apuração de irregularidades em entidade governamental e não-governamental terá início mediante Portaria da autoridade judiciária ou representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, onde conste, necessariamente, resumo dos fatos.

Essa Portaria, referida, é também ilegal?

Para que a medida socioeducativa possa ser reavaliada (a de internação deve ser a cada seis meses), o juiz não pode, através de Portaria, estabelecer critérios objetivos que devam figurar nos relatórios sociais apresentados através da Portaria? (veja-se os artigos: 94, XIV; 99; 100; 112; § 1º; 113 e 121; § 2º, todos do ECA)

Todas e muitas outras Portarias, existentes, não podem existir porque não estão mencionadas no art. 149 da Lei 8.069/90, não podem ser editadas?

São ilegais?

Obviamente que não.

VI) LEGALIDADE

A Constituição Federal, logo no seu art. 5º, XXXV, estabelece que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito.

No campo da Lei Específica estatui-se que é dever de todos prevenir ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Consabe-se que a tutela judicial preventiva tem maior presença no campo cautelar.

Construindo um raciocínio lógico, a Justiça da Infância e da Juventude, pelas suas peculiaridades, pelos interesses que protege, tem na portaria o seu melhor e talvez único instrumento de *efetividade preventiva*. Sem ela o Juiz da Infância e da Juventude está fadado a *prestar a tutela tardia e ineficiente e não estaria e nem poderia prevenir a ameaça de violação de direitos*, estando subjungido a reparar a lesão.

Na verdade, a portaria é um instrumento cautelar, uma providência cautelar, que tem como supedâneo o poder geral de cautela do Juiz.

Assim que foi editado o CPC/73, o Des. Barbosa Moreira, na sua obra **Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil** – Editora Liber Juris – 1974, p. 240, disse com as cores da atualidade, muito bem a questão ao explicar.

“Um problema que sempre figurou nas cogitações centrais de todos os que lidam com o processo cautelar é o relativo à possibilidade, ou não, de o Juiz decretar medidas desta natureza não expressamente previstas no texto legal. É a famosa controvérsia a respeito dos limites do poder cautelar do Juiz; ou, em outras palavras, da taxatividade, ou não, do elenco de medidas cautelares que a lei nos oferece. Todos percebem a dificuldade, ou até a impossibilidade, de exigir-se do legislador que preveja, causuisticamente, todas as providências cautelares que podem vir a revelar-se necessárias diante da multiforme variedade das hipóteses concretas”.

Páginas adiante, continua o eminente processualista:

“Tenho a certeza de que a intenção do legislador foi a de atribuir ao juiz esse poder cautelar genérico; mas não me pa-

rece que ele tenha conseguido transfundir essa intenção pelo menos com toda a clareza que seria de desejar, no texto da Lei. É verdade que o artigo 798 se refere às medidas provisórias que o juiz julgar adequadas: 'além dos procedimentos cautelares específicos que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação'. Aliás, duas observações de natureza crítica são cabíveis aqui. Uma delas concerne à expressão 'antes do julgamento da lide', como se só coubesse a decretação de medida cautelar antes ou no curso do processo de conhecimento, o que não é verdade, em absoluto. A necessidade da providência cautelar pode também surgir no curso do processo de execução, e basta que se atente ao art. 793: 'suspensa a execução, é defeso praticar quaisquer atos processuais. O juiz poderá, entretanto, ordenar providências cautelares urgentes'. É a própria lei que reconhece expressis verbis a oportunidade de medidas cautelares durante a execução. Não tem, portanto, razão de ser essa restrição que se encontra no artigo 798: 'antes do julgamento da lide'. Outra crítica que se poderia fazer é a de que o artigo 798 dá a impressão de que o perigo da lesão só pode resultar do comportamento da parte: '... fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação' - quando é certo que por vezes o perigo pode resultar de fatos naturais: perigo, por exemplo, de destruição de uma coisa que esteja sujeita a intempéries"

Acrescentando, ou contextualizando, à lição do Des. Barbosa Moreira, a ameaça de lesão pode resultar da ausência de regras específicas para a prevenção (regras, aliás, que não poderiam ser profetizadas na lei e só o prudente arbítrio do juiz, dentro das peculiaridades de cada caso pode estabelecer).

É inegável que ao prover cautelarmente o juiz atente ao interesse público. Pode-se argumentar contrariamente que a tutela

cautelar objetiva a prevenção de um processo. Entretanto, situações denunciadoras de perigo, de ameaça, ou até mesmo de lesão a direitos instam os juízes da infância e da juventude a adotar uma providência imediata para evitar o dano, prevenir, em suma, de maneira rápida e eficaz.

Ainda que tais provimentos não sejam considerados cautelares, na acepção estrita do termo, mesmo que versem sobre direitos materiais, o Estado-Juiz, o Juiz da Infância e da Juventude, no exercício do seu poder-dever judicial, não pode escusar-se de enfrentar uma situação de periclitção do direito da parte a pretexto de inexistir texto expresso que autorize essa cognição, essa providência sumária e urgente. A inércia é vedada pela própria Constituição Federal, a qual inadmite que escape à justiça qualquer ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV).

O Poder Judiciário padece ao ser criticado pela sua morosidade e pela ineficiência do processo em razão do formalismo exarcebado. O pressuposto da efetividade representa, sem dúvida, o moderno enfoque da jurisdição. Como disse o Des. Barbosa Moreira (*"Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil"*, *Revista de Processo*, v. 31, p. 199, jul-set., 1983), "o progresso científico de tantas décadas não poderia impedir que dramaticamente a justiça civil alcançasse níveis alarmantes de satisfação".

Pois bem, a efetividade das portarias confere, no menor lapso de tempo a solução adequada ao conflito ou, ainda melhor, evita a própria existência de conflito.

O Ministro Luiz Fux, no seu festejado **Curso de Direito Processual Civil – Forense**, 2ª edição, p. 1560

"Diante da urgência e da necessidade de ingresso no Judiciário, o Estado, exercente do poder-dever de prestar a jurisdição, não pode escusar-se em deferir a providência sob o manto da inexistência de previsão legal. Além da regra in procedendo do art. 126 do Código de Processo Civil,¹ conspira contra essa

¹ " Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não havendo, recorrerá à analogia, aos costumes, aos princípios gerais de direito".

exoneração do dever de julgar próprio o princípio do acesso à justiça que, na verdade, não reclama outra coisa senão o exercício do direito abstrato de petição, pouco importando o direito material encartado ou veiculado no petitum.

Ademais, a obrigação de o Estado intervir numa determinada situação de urgência o faz criar, ou melhor, enxergar, no seu ordenamento, instrumento capaz de afastar através de suas mãos oficiais o periculum retratado, haja vista que disso não pode incumbir-se a parte por força da vedação à justiça privada. Desta sorte, o monopólio da jurisdição impõe que o Estado, sob as penas da denegação judicial, encontre no seu corpo legislativo, através de técnica de auto-integração e interpretação, remédio jurídico capaz de arrostar o perigo ao direito da parte, ainda que não se trate de demanda cautelar, para a qual o legislador previu a tutela imediata.”²

A exigência de procedimento individualizado para prover, caso a caso, os interesses ou mesmo os aspectos preventivos (se é que isso é possível, está na contramão da efetividade da jurisdição e na sua área da infância e da juventude mais ainda). Primeiro, porque se é possível resolver a situação preventivamente através de um único ato, nada recomenda, ou melhor, repugna, o acesso à justiça com a multiplicação injustificada de processos. Segundo, porque a grande maioria dos jurisdicionados da infância só têm o acesso à justiça na Lei; na prática, não têm meios e modos de exercer tal direito. Terceiro, porque a definição dos interesses conflitantes entre os jovens e seus representantes legais (a que o formalismo determina a nomeação de curador especial *ex arg* do art. 142 da Lei 8.069/90) praticamente inviabiliza a prevenção. Finalmente, em terceiro lugar, em se tratando dos grandes centros, grandes comarcas, no plano realístico a resposta judicial muito dificilmente será rápida e justa ou no tempo certo para evitar o dano.

² A idéia da contraprestação entre o monopólio da justiça e a necessidade de adequada prestação da justiça ao direito reclamado foram magistralmente evidenciadas por Proto Pisani (*I Rapporti fra Diritto Sostanziale e Processo*; Appunti sulla Giustizia Civile, Bari, Cacucci, 1982, p.42).

Há que se ponderar, sem dúvida, que a moderna concepção da proteção judicial dos interesses coletivos autoriza que o juiz da infância e da juventude, ao exercer o seu poder geral de cautela, adote providências regulamentadoras da situação de determinados grupos de pessoas.

Assim, não há como dizer-se genérico e abstrato o interesse das crianças e dos adolescentes abrigados em determinado município sob a jurisdição de um único juízo. Isso na verdade é um interesse coletivo, tanto sob a ótica dos abrigados quanto dos abrigos. O mesmo pode ser dito com relação ao regramento das diversões públicas existentes num município, numa comarca. Os estabelecimentos que devem obedecer aos ditames dos artigos 74 e seguintes e 149 do ECA formam uma coletividade. A proteção judicial dos interesses difusos e coletivos é prevista na Lei (artigos 208 e 209 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e isso é o quanto basta para afastar o pouco substancial argumento de que as portarias têm caráter geral.

As providências judiciais efetivas de prevenção, seja através de que forma for (inclusive portarias), nada tem de repristinação implícita do revogado art. 8º da Lei 6.697/79, que fundamentava as portarias de caráter geral. São, isso sim, o melhor instrumento judicial de prevenção, de conciliação e harmonização de interesses e de efetividade da Lei 8.069/90 (ECA).

Limitar a incidência das Portarias aos casos mencionados no art. 149 da Lei 8.069/90 é desconsiderar vários dispositivos da própria lei mencionada, dentre eles o já transcrito artigo 70 e os artigos 72, 151, 191, 209, dentre outros. Vale a pena transcrevê-los:

“Art. 72- As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção especial outras decorrentes dos princípios por ela adotados”.

“Art. 151- Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária”.

ria, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico”.

“Art. 191- O procedimento de apuração de irregularidades em entidade governamental e não-governamental terá início mediante portaria da autoridade judiciária ou representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, onde conste, necessariamente, resumo dos fatos”.

“Parágrafo único - Havendo motivo grave, poderá autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar liminarmente o afastamento provisório do dirigente da entidade, mediante decisão fundamentada”.

“Art. 209- As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores”.

É possível o questionamento quanto à forma, ou seja, quanto ao procedimento necessário para a edição de uma portaria (se é necessário um processo ou procedimento prévio, ou se tal providência é facultativa), mas isso é secundário, porque a parte insatisfeita, tão logo tome conhecimento do teor da Portaria pode submetê-la ao crivo do próprio juiz, solicitando a sua revogação ou mudança, ou ao tribunal, à segunda instância, através de recurso próprio (art. 199 da Lei 8.069/90) ou de uma das ações autônomas de impugnação (MS, por exemplo). O exercício desse instrumento não é arbitrário e definitivo.

Quanto à fundamentação da Portaria, nada obsta que se tenha como regular adoção dos “considerados” para ter-se atendida essa exigência constitucional.

Dizer-se que o Juiz não pode suprir as lacunas da Lei beira a margem de uma heresia, pois todos consagramos e aceitamos a regra universal do sistema continental segundo a qual “quando a lei for omissa, o juiz utilizará a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito”.

É possível que se argumente que a intervenção do Ministério Público seja indispensável, mas nada está a dizer que tal interven-

ção tenha que ser prévia e que sua ciência posterior e respectivo silêncio qualificado não venha a suprir tal exigência, tal como ocorre, por exemplo, no vício de iniciativa de uma Lei, suprido, na esteira da melhor doutrina, pela sanção do Executivo à mesma Lei.

A verdade é que tais questões formais, além de poderem ser facilmente supridas (quer pelo acerto jurisprudencial, quer por um agrupamento pluri-institucional) estão longe de serem impositivas da extremada posição de inviabilidade da utilização do instrumento Portaria como prevenção à ameaça de Direitos ou como melhor maneira de suprir as omissões do legislador (por vezes propositais).

Destarte, ainda que se consagre a nulidade (pelo vício de forma, sempre relativa), não podemos esquecer a existência da somatória e dos efeitos que são produzidos até a efetiva revogação.

Diante de tudo o que ficou assentado, não há razões para se afirmar, como, açodadamente, têm-se visto e ouvido, que o poder de baixar Portarias se restringe às hipóteses previstas expressamente na Lei, pois sem tais instrumentos a efetividade da Lei 8.069/90 jamais será ampla e completa. Por isso, a edição de Portarias é sistematicamente constitucional e tem amplo respaldo na Legislação vigente

VII) CONCLUSÃO

Podemos, então, concluir que sendo a Lei 8.069/90 um instrumento de terceira geração, que adotou a doutrina da proteção integral, não seria possível a efetividade completa da Lei sem que fossem viabilizados ao Juiz meios, modos de prevenir a ameaça à violação de Direitos.

Assim, as Portarias nada mais são do que instrumentos de efetividade judicial e legal, sujeitas ao duplo grau de jurisdição.

Sem as Portarias, a Justiça da Infância e da Juventude perderá muito sua eficácia, efetividade e rapidez, além de praticamente multiplicar por vinte a quantidade de processos atuais. A prestação jurisdicional estará inviabilizada.

As Portarias se inserem, no contexto das atividades do juiz, como atividade meio e como atividade de interdependência interna, quando se destinam a coordenar os diversos serviços que com-

põem a infra-estrutura da Justiça da Infância e Juventude e praticamente é impossível organizar, controlar e coordenar sem a normatização através de Portarias que não podem e nem devem ser inseridas no texto da Lei 8.069/90, até porque reportam-se aos princípios da organização judiciária que é local e multifacetária.

Também, no mesmo contexto, as Portarias, quando regulam o inter-relacionamento entre o judiciário e a comunidade são atividades de interdependência externa. É impossível estabelecer parâmetros de execução de projetos e parcerias para atendimento da infância e da juventude assistida sem a edição de atos normativos reguladores e disciplinadores, contexto em que se insere as Portarias, que, por obviedade, não podem ser reguladas expressamente na Lei Federal específica, que, aliás, foi sábia e permite que o juiz tome as providências cautelares e preventivas que se revelem necessárias diante da multiforme variedade das hipóteses concretas.

O Juiz da infância e da Juventude, por lidar com questões humanas e complexas, como nenhum outro, tem dificuldades em resolver as questões sociais apenas pela faceta jurídica do caso. É, portanto, uma atividade anômala, tendo a Lei Federal Específica consagrado, expressa e implicitamente, várias questões jurisdicionais (estritamente falando). Se inserem no rol das competências da Vara da Infância (como por exemplo, a autorização de viagem, o Poder Fiscalizatório etc.) porque se harmonizam melhor com as múltiplas funções da Justiça Tutelar, constituindo, portanto, *atividades judiciais da Justiça da Infância e da Juventude*.

Não se pode dar encargo e ao mesmo tempo impedir que se lhe dê conta dele. Sem as Portarias, muitas das atividades judiciais do Juiz da Infância e da Juventude não poderiam ser exercidas com eficiência e o Juízo passaria a ser titular do papel de figurante.

Não há dúvidas de que na Justiça da Infância e Juventude existem muitos casos e muitas ações que são apreciadas mas não constam no rol das competências definidas na Lei Federal Específica (ECA). Muitas delas estão implícitas na lógica sistematização da Lei. Os pedidos de Providências, consagrados na praxe forense, são um exemplo vivo e atual. Assim, como é passível de compreensão que são eles necessários e imprescindíveis à prestação jurisdicional efe-

tiva (e o são a nível individual), pelas mesmas razões – e, diríamos nós, por outras mais relevantes, porque o pedido de Providências considera a existência de uma possível violação concreta, no mínimo, a Portaria, preventivamente, pode evitar centenas, milhares de violações –, as Portarias merecem os mesmos atributivos.

Existem no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) diversos dispositivos legais que só se tornam plenamente eficazes com a edição de Portarias e, por isso, o Poder Normativo na Justiça da Infância e da Juventude é indispensável para a efetividade da própria Lei e do sistema de garantia de Direitos.

Além disso, suprimir ou restringir a edição de Portarias fere, por via reflexa o Princípio Constitucional de que a Lei não excluirá de apreciação do Judiciário lesão ou grave ameaça ao direito (art. 5º, XXXV, da CRFB/88), além de retirar do Juiz a possibilidade da utilização do seu Poder Geral de Cautela, que, inclusive, abre caminho para a tutela de urgência. Sem as Portarias, muitas atuações seriam tardias e ineficientes, além de não atender ao corolário básico da *prevenção* à ameaça de direitos.

O formalismo exarcebado ou até eventuais preliminares à edição da Portaria não podem servir de supedâneo para o completo aniquilamento da mesma e dizer que o juiz não pode suprir as lacunas das Leis através das Portarias ou que só pode baixá-las nos casos previstos no art. 149 da Lei 8.069/90 beira a margem de uma hereesia, pois quando a Lei for omissa o juiz utilizará a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

A óbvia conclusão definitiva, com todas as vênias de estilo, é que, sem o seu Poder Normativo, a Justiça da Infância e da Juventude chega bem próximo da ineficiência por falta de efetividade. ☐